

University of Groningen

De opzet van het opzet

Kwakman, N.J.M.

Published in:

Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Kwakman, N. J. M. (2007). De opzet van het opzet. In P. B.F. Keulen, P. G. Knigge, & M. H.D. Wolswijk (editors), *Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong* (blz. 289-314). Wolf Legal Publishers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De opzet van het opzet¹

N.J.M. KWAKMAN^o

1. Inleiding

Het was even schrikken toen D.H. de Jong – kort na het vertrek van G. Knigge – aankondigde dat ook hij binnen afzienbare tijd met emeritaat zou gaan. Immers, ook De Jong heeft de afgelopen decennia in belangrijke mate bijgedragen aan de reputatie die de Groninger vakgroep Strafrecht en Criminologie in het land geniet. Dat te moeten missen, betekent een flinke aderlating voor de vakgroep. Maar nog afgezien daarvan heb ik ook persoonlijk altijd grote waardering gehad voor zijn werk, zowel wat betreft de inhoud daarvan, als wat betreft de gedrevenheid die daaruit sprak. Of dat nu het onderwijs betreft, zijn bestuurlijke taken, of zijn publicaties, altijd is er die inzet, dat enthousiasme en die bevologenheid,² waarin zijn (ik zou haast zeggen: grenzeloze³) liefde voor het vak tot uitdrukking komt. Maar houden van gaat niet zelden gepaard met kleine, maar soms ook grote zorgen. Ook De Jong heeft in zijn loopbaan geregeld zijn wenkbrauwen gefronst en zijn bezorgdheid uitgesproken over bepaalde bedenkelijke ontwikkelingen in het strafrecht, die hij vervolgens niet zelden heeft proberen om te buigen door middel van gloedvolle betogen, waar over het algemeen geen speld is tussen te krijgen. En zoals in het algemeen geldt, geldt ook voor hem: naarmate iemand meer hart voor de zaak heeft, des te meer raakt het hem als goede ideeën, of rake typeringen of conclusies, niet worden overgenomen.⁴ Zo siert het De Jong dat hij bijna ontdaan leek te zijn toen

^o Universitair docent straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

¹ De titel duidt niet alleen op de wijze waarop het opzet in de loop van de tijd zijn beslag heeft gekregen in ons straf(proces)recht, maar ook op de zuiverheid in juridisch taalgebruik – zoals een juist gebruik van lidwoorden – die D.H. de Jong altijd heeft nagestreefd, en waarop hij zijn studenten (en medewerkers) ook altijd heeft aangesproken. In die zin moet de titel dan ook worden beschouwd als een (extra) eerbetoon aan De Jong.

² Een goed verstaander begrijpt, dat ik met de drie-eenheid van deze kwalificaties (één van de retorische truukjes die De Jong ons geregeld voorhoudt) doel op de grote bewondering van De Jong voor de ‘klassieke’ retorica, maar ook voor de moderne varianten daarvan (vgl. de droom van M.L. King). Daarnaast verwijst deze drieslag naar de grote retorische vaardigheden waarover De Jong ook zelf – naast zijn indrukwekkende kennis van het straf(proces)recht – steeds weer blijkt te beschikken.

³ Ik denk daarbij natuurlijk vooral aan zijn betrokkenheid bij de Universiteit van Aruba, welke betrokkenheid trouwens ook in de tijd niet zal worden begrensd tot het moment van zijn afscheid van onze vakgroep. Daarnaast wijs ik nog op zijn betrokkenheid bij de Hanze Law School en meer in het algemeen: het belang dat hij hecht aan externe rechtsvergelijking.

⁴ Vgl. D.H. de Jong, ‘Het weten en willen van een “normaal mens” in het strafrecht’, *DD* 2004, p. 1061.

de Hoge Raad hem niet (helemaal⁵) volgde in zijn opvatting dat het begrip ‘aanmerkelijke kans’ (in de voorwaardelijk-opzet-formule ‘welbewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans’) normatief en niet ‘feitelijk’ moet worden uitgelegd.⁶ Dat wil zeggen dat de HR de opvatting van De Jong, dat ook de aard en de ernst van de gevolgen moeten meewegen bij de vraag wat als ‘aanmerkelijke’ kans moet worden aangemerkt, niet heeft overgenomen.

Een ander punt van zorg van De Jong is, kort gezegd, de vaststelling dat de schuldvormen ‘opzet’ en ‘culpa’, vanwege (o.a.) de oprukkende instrumentalisering van het strafrecht, steeds meer ten prooi lijken te vallen aan een ernstige mate van erosie.⁷ Anders gezegd: al naar gelang het, gezien de aard van de delicten waar het om draait, te pas komt, lijken deze schuldvormen steeds gemakkelijker te worden ‘toegerekend’ in plaats van te worden ‘vastgesteld’ aan de hand van de criteria die als het ware de wezenlijke componenten vormen van deze schuldvormen. De Jong (en Kessler) wijzen daarbij, wat betreft het opzetbegrip, vooral op de opiumwet-delicten. De Jong heeft meer dan eens benadrukt dat de criteria die bij dergelijke delicten worden gehanteerd met betrekking tot het vaststellen van het vereiste opzet, wel heel erg veel weg hebben van het criterium ‘maximaal te vergen zorg’, een criterium dat met name een rol speelt bij AVAS-verweren.⁸ Als een verdachte niet de maximaal te vergen zorg heeft betracht, impliceert dat *schuld* in de zin van verwijtbaarheid. Bij opiumwet-delicten echter, leidt het niet betrachten van de maximaal te vergen zorg niet zelden tot de conclusie dat de verdachte welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat een bepaalde omstandigheid zich zou kunnen voordoen (bijvoorbeeld dat er drugs in zijn koffer kunnen zijn verstopt als hij zijn bagage niet voortdurend in het oog heeft gehouden). Daarmee ligt het (voorwaardelijke) opzet, dat meestal wordt vereist voor de ‘zwaarste’ variant van bepaalde drugs-delicten, al snel binnen handbereik. Daar komt nog bij dat de rechter er zijn hand niet voor om draait om zo nodig (ook) de ervaringsregels of de algemene kennis waarnaar in dat verband meestal wordt verwezen, wel heel erg ruim en creatief uit te leggen.⁹ Kort-

⁵ Zie HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 waarin de HR weer enigszins lijkt op te schuiven in de richting van het standpunt van De Jong: de vraag of er sprake is van een aanmerkelijke kans, wordt indirect (mede) beantwoord aan de hand van rechtspolitieke overwegingen (zie met name de noot van D.H. de Jong bij dit arrest). Zie ook N. Rozemond, ‘Hoe groot moet de kans zijn? Over HIV-besmetting, voorwaardelijk opzet en roekeloosheid in het strafrecht’ *NJB* 2007, nr. 18, p. 1103-1109 (verschenen na het gereed komen van deze bijdrage).

⁶ Zie D.H. de Jong, ‘De aanmerkelijke kans’, in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen (Liber Amicorum J. de Hullu)*, Nijmegen: WLP 2003, p. 217-224 en D.H. de Jong 2004.

⁷ Zie D.H. de Jong, ‘Het strafrechtelijke schuldbegrip: ontwikkeling of ontbinding’, *DD* 1999, afl. 1, p. 1-6.

⁸ Zie D.H. de Jong, ‘Verantwoordelijkheid en schuld’, *DD* 1999, afl. 9, p. 827-839.

⁹ Helemaal bont maakte de HR het in het arrest HR 25 november 1986, *NJ* 1987, 493 waarbij de HR voor het construeren van voorwaardelijk opzet verwees naar de algemene ervaringsre-

om: niet het aantonen van het vereiste opzet (aan de hand van de ‘wezenlijke’ componenten daarvan: willen en weten) lijkt de ernst of de afkeurenswaardigheid van het delict (mede) te bepalen. Maar andersom: de mate waarin bepaalde delicten in de samenleving als afgekeurenswaardig (moeten¹⁰) worden ervaren, lijkt doorslaggevend te zijn voor het construeren van het vereiste opzet om iemand voor de zwaarste delictsvariant te kunnen veroordelen. In die zin lijkt het opzet dus niet te worden ‘vastgesteld’, maar te worden ‘toegedicht’¹¹. Daardoor verliest het opzet zijn functie van constituerende (en onderscheidende) factor bij het vaststellen van de (mate van) strafwaardigheid – voeg ik daar maar even aan toe – hetgeen in navolging van De Jong kan worden getypeerd als een ernstige vorm van erosie van het opzetbegrip.

Daar staat tegenover dat De Jong fel van leer kan trekken tegen schrijvers die miskennen dat het strafrecht niet zonder een zekere normativering van (i.c.) het opzetbegrip kan.¹² Dat laatste blijkt niet alleen uit de rechtspraak (het ‘feitelijke recht’), maar is volgens De Jong ook theoretisch goed te verdedigen (het ‘wenselijke recht’). Voorzover het gaat om een analyse van de rechtspraak (het ‘feitelijke recht’) op dit punt, kan met De Jong worden opgemerkt: don’t shoot the messenger, maar doe er desnoods iets aan als je het niet eens bent met de gang van zaken.

Interessanter is de opvatting van De Jong zelf (het wenselijke recht). Hij zet het opzetbegrip in de sleutel van het recht als normatieve wetenschap en in dat verband: de normatieve functie van de strafrechtelijke leerstukken.¹³ Voorop staat dat het nu eenmaal onmogelijk is om in het hoofd van de mens te kijken,¹⁴ zodat het opzet in veel gevallen slechts uit het gedrag van de verdachte kan worden afgeleid. Daarmee kent het opzet dus een zeker ‘veruiterlijkend aspect’.¹⁵ Maar er is meer: de

gel dat de bestuurder van een auto waarin een grote hoeveelheid heroïne verstopt zit, met de aanwezigheid van die heroïne bekend pleegt te zijn. Een vorm van ‘toedichten’ van opzet die waarschijnlijk verband hield met het verwijt dat de verdachte kon worden gemaakt. Dat lijkt te worden onderstreept door het arrest HR 24 november 1998, NJ 2000, 54 (m.nt D.H. de Jong). In dat geval betrof het een zaak waarin de verdachte juist was vrijgesproken van opzettelijke invoer van cocaïne omdat de verdachte wegens zijn ziekte niet in staat was geweest zijn bagage te controleren, en hem dus geen enkel verwijt kon worden gemaakt. Zie ook D.H. de Jong en G. Knigge, *Ons Strafrecht, deel 1*, Deventer: Kluwer 2003, p. 113.

¹⁰ Ik gebruik hier de woorden ‘als afkeurenswaardig moeten worden ervaren’ omdat de mate waarin wij in Nederland vinden dat we hard moeten optreden tegen drugsdelicten, voor een groot deel wordt gedictieerd door internationale verdragen. Vgl. ook De Jong 1999 (*DD* afl. 9), p. 829.

¹¹ Zie ook G. Knigge, ‘Het opzet van de deelnemer’, in M.S. Groenhuisen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen (Liber amicorum J. de Hullu)*, Nijmegen: WLP 2003, p. 291-321.

¹² Vgl. D.H. de Jong 2004, p. 1061 e.v.

¹³ Vgl. ook D.H. de Jong, ‘Leerstukken en ideologieën’, *DD* 2002, afl. 1, p. 1-4.

¹⁴ Althans in overdrachtelijke zin (kun je er tegenwoordig voor alle zekerheid maar beter bij zeggen).

¹⁵ Zie D.H. de Jong 2004, p. 1053 e.v.

wijze waarop het (voorwaardelijk) opzet uit de gedraging van de verdachte wordt afgeleid, d.w.z. de bewijsconstructie van het (voorwaardelijk) opzet, leidt – in de ogen van De Jong – bijna noodzakelijkerwijs tot een normatieve uitleg van het opzetbegrip. Dat is bijvoorbeeld af te leiden uit de volgende bewijsredenering met betrekking tot het ‘kenniselement’ van het opzet: het behoort tot de *algemene kennis* (ervaringsregels) dat bepaalde gedragingen bepaalde gevolgen kunnen hebben, ‘dus’ wist de dader dat ook. Echter, deze redenering is alleen deugdelijk als ervan mag worden uitgegaan dat de ‘algemene kennis’ waarop wordt gedoeld, inderdaad impliceert dat ook echt iedereen ervan op de hoogte is.¹⁶ Dat laatste mag op zijn zachtst gezegd worden betwijfeld, zodat er hier wat anders aan de hand lijkt te zijn. Eigenlijk is hier – zo begrijp ik uit de woorden van De Jong – helemaal geen sprake van een ‘logische constructie’. Er is hier veeleer sprake van een ‘normatieve constructie’ in die zin, dat iedereen, dus ook de dader, wordt *geacht* te behoren tot de categorie ‘gemiddelde’ burgers die op de hoogte zijn van die ‘algemene kennis’ (of ervaringsregels), ongeacht of men er ook daadwerkelijk van op de hoogte was. Dus niet hetgeen de dader werkelijk wist, vormt het uitgangspunt voor het vereiste kenniselement, maar hetgeen tot die aldus geconstrueerde ‘algemene kennis’ behoort. Anders gezegd: datgene wat de ‘gemiddelde’ burger geacht wordt te weten, wordt de dader ook geacht te weten. Dat ligt dichterbij aan tegen ‘behoren te weten’ dan tegen ‘feitelijk weten’.¹⁷

Dat alles doet sterk denken aan de benadering van Peters:

‘De rechter “bewijst” hier dan ook geen opzet bij de dader, maar hij “benoemt”, door opzet aan te nemen, de gedraging. De dader wordt aan deze betekenis van zijn gedraging gehouden. De zinsnede in het arrest “zoodat het Hof heeft kunnen aannemen, dat ook requirant moest weten” kan daarom niet, zoals de Hoge Raad meent, een logische noodzakelijkheid uitdrukken, maar er ligt eigenlijk een appèl aan de dader in opgesloten: denk er om, dit is de sociale betekenis van de

¹⁶ Dit tussenstapje in de redenering voeg ik er voor alle duidelijkheid maar even zelf aan toe.

¹⁷ Met een verwijzing naar Peters zouden we in dit verband ook kunnen spreken van de ‘normale persoon’ in de zin van een persoon die zich richt naar de *normen* waaraan de sociale handelingen hun betekenis ontleenen. Dat wil zeggen dat een concreet persoon in een bepaald geval misschien wel *feitelijk* geen opzet heeft gehad, maar dat er toch *normatief* opzet wordt aangenomen, omdat de ‘normale mens’ (in de hiervoor bedoelde betekenis) opzet zou hebben gehad. Zie A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966, p. 122. Hierbij past – lijkt me – de uitdrukking uit het dagelijkse taalgebruik: ‘doe normaal’. Er is ook een andere definitie denkbaar. Zo gebruikt Van Bemmelen het begrip ‘normaal mens’ in de betekenis van de overgrote meerderheid van alle mensen die geen ziekelijke, psychische afwijkingen vertonen die tot misdaad predisponeren. Zie zijn oratie van 2 oktober 1931 te Leiden, getiteld: ‘De betekenis van het strafrecht voor de normale mens’. Ik zal daar in paragraaf 3 nog nader op ingaan.

handeling, en daar wordt je in het verkeer aan gehouden! Ontkenning van opzet zou niet baten, dat zou een *protestatio actiui contraria* zijn.’¹⁸

In deze gedachtegang lijkt het me lood om oud ijzer of de materieelrechtelijke definitie en/of invulling van het opzetbegrip nu wordt beïnvloed door de wijze waarop het (voorwaardelijk) opzet ‘procesrechtelijk’ moet worden geconstrueerd, of juist andersom. De gedachtegang impliceert in ieder geval dat er sprake is van interdependentie.¹⁹

De Jong constateert vervolgens dat een normatieve invulling van het opzetbegrip niet alleen dagelijkse praktijk is, waarbij hij betwijfelt of het anders kan (zo lijkt het hem onmogelijk om op een waardevrije wijze te bepalen wat tot de algemene kennis behoort). Hij juicht het tot op zekere hoogte ook toe. In plaats van zich te willen verdiepen in allerlei ingewikkelde psychische processen die zich in het hoofd van de dader hebben afgespeeld, teneinde het opzet te kunnen vaststellen, geeft De Jong er de voorkeur aan op zoek te gaan naar veruiterlijkende, normatieve aspecten. Alleen daarmee kan een strafrechtelijk relevante invulling worden gegeven aan begrippen als opzet, zo is de gedachte. Daarbij moeten wel bepaalde grenzen in acht worden genomen. Het mag niet zo zijn dat daarmee de banden met het oorspronkelijke begrip (en de kenmerkende componenten daarvan) geheel worden doorsneden.²⁰

De vraag is nu, hoe kan worden voorkomen dat de hierboven geschetste normatieve invulling van het opzetbegrip (waarop De Jong doelt) leidt tot een onaanvaardbare verschraling, erosie of zelfs complete ontmanteling van het opzetdelict waarvoor De Jong heeft gewaarschuwd. Immers, met het ‘normativeren’ van het opzetbegrip kan men alle kanten op. Het is zelfs niet uitgesloten dat het opzetbegrip zo wordt uitgelegd, ingevuld of juist uitgehold, dat het ten dienste staat van een instrumentalistische toepassing van het strafrecht zonder dat het opzet daarbij (wat betreft het vaststellen van de – mate van – strafwaardigheid) nog een constituerende en onderscheidende functie overhoudt. Ook dat is een normatieve invulling van het opzet-

¹⁸ Zie Peters 1966, p. 126. In paragraaf 3 zal ik nog nader ingaan op deze zienswijze van Peters. Hedendaagse varianten van deze gedachte worden o.a. besproken door De Jong en Knigge 2003 (*Ons Strafrecht*, dl. 1), p. 111 en met name p. 226: ‘Het komt ons voor dat de rechter in dit soort gevallen het onredelijk acht dat de uitlokker vrijuit gaat en daarom gemakkelijk voorwaardelijk opzet aanneemt; het gaat hier om een sterk normatief gekleurde hantering van het leerstuk.’ En (met een verwijzing naar De Hullu): ‘In het bewezen verklaren van opzet ligt een aspect van toerekening besloten.’ Zie over deze kwestie ook G. Knigge 2003 (*De Hullubundel*), waarin hij spreekt van ‘toedichten van opzet’.

¹⁹ In paragraaf 2 zal ik op deze kwestie nog nader ingaan.

²⁰ Zie ook A.W.M. Mooij, ‘Handelingsvrijheid’, *DD* 1999, p. 849; A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom 2004 en A.W.M. Mooij, ‘Handeling, wilsvrijheid en toerekeningsvatbaarheid’ *DD* 2004, afl. 10, waarnaar De Jong verwijst.

begrip, die we – in navolging van De Jong – dienen af te wijzen. Immers, dat kan op den duur leiden tot een vorm van strafrechtelijke risico-aansprakelijkheid die wat betreft het culpa-begrip al aan de horizon gloort,²¹ en ook wat betreft het opzetbegrip op de loer ligt. Hieronder zal ik trachten een denkrichting uiteen te zetten waarmee deze onwenselijke vorm van ‘normativeren’ van het opzetbegrip kan worden voorkomen. Maar alvorens ik daar aan toe kom, zal ik eerst nog een paragraaf wijden aan de materieelrechtelijke betekenis, of anders gezegd: *de inhoud*, van het opzetbegrip en de wijze waarop deze inhoud tot stand is gekomen en wordt uitgelegd. Vervolgens zal ik in de daaropvolgende paragraaf nog wat dieper ingaan op (hetgeen hierboven is omschreven als) de ‘veruiterlijkte kant’ van het opzet en in samenhang daarmee: de wijze waarop het bewijs van het opzet procesrechtelijk wordt geconstrueerd.²²

2. De inhoud van het opzetbegrip

Het opzetbegrip is een moeilijk te vatten abstract begrip. Er zijn letterlijk boeken over vol geschreven.²³ Dat is ook niet zo vreemd, mede omdat de wetgever niet op alle punten voldoende duidelijkheid heeft verschaft en uiteindelijk de precieze invulling van het opzetbegrip heeft overgelaten aan de rechtspraak en -wetenschap.²⁴ Maar één ding is wel duidelijk: de wetgever heeft met het opzetbegrip willen benadrukken dat er in het strafrecht betekenis moet worden gehecht aan wat de verdachte werkelijk wist, dacht en wilde. De wetgever heeft willen voorkomen dat het strafrecht (weer) afgleed naar een soort ‘daadstrafrecht’ – iets wat we tegenwoordig wellicht ‘risico-aansprakelijkheid’ zouden noemen – en wenste een zorgvuldige berechting van de verdachte, met inachtneming van de factoren die ons strafrecht nu juist tot een ‘schuldstrafrecht’ maken. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat dit – wat betreft het opzetbegrip – betekent dat er sprake moet zijn van een kenniselement en een wilselement: de verdachte moet hebben geweten en gewild.²⁵ Maar wat is nu precies ‘weten’, wat moet precies worden verstaan onder ‘willen’ en in hoeverre liggen deze componenten van het opzetbegrip in elkaars verlengde. Tal van schrijvers hebben pogingen ondernomen om deze vraag in be-

²¹ Vgl. D.H. de Jong 1999 (*DD* afl. 9).

²² Hoewel het, als gevolg van de interdependentie tussen de materieelrechtelijke respectievelijk de procesrechtelijke betekenis van het opzetbegrip, niet goed mogelijk is de inhoud en de uiterlijke verschijningsvorm van het opzetbegrip scherp te scheiden, is er met het oog op de slotbeschouwing toch voor gekozen er twee afzonderlijke paragrafen aan te wijden. Het zal duidelijk zijn dat door deze aanpak overlappingsen niet geheel zijn uit te sluiten.

²³ Vgl. Peters 1966. Voorts: P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het wetboek van strafrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988; W. Nieboer, *Wetens en willens* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1978.

²⁴ Vgl. Nieboer 1978, p. 21.

²⁵ Zie voor dit alles Nieboer 1978, p. 27.

schrijvende, dan wel in normatieve zin te beantwoorden, met name op het grensvlak van voorwaardelijk opzet en bewuste schuld. Het onderzoek van Brouns geeft daarvan een goed overzicht. Zo bespreekt hij o.a. de ‘wilsleren’, zoals de leer van de wil als ‘drempelopzet’. Daarbij wordt de strafrechtelijk relevante wil opgevat als het resultaat van een min of meer bewust psychisch proces (met fasen als: het ontkiemingsproces van een eventueel motief, een innerlijk beraad, een afweging van de kansen en risico’s, een beoordeling van de geschiktheid van de middelen om het doel te bereiken, enzovoort). Met het uiteindelijke *besluit* eindigt dat proces en is het opzet geboren. Dit opzet brengt de wil op de drempel van de handeling, aldus Brouns, en kan daarom ‘drempelopzet’ worden genoemd.²⁶ Zoals verderop nog zal blijken, meent Buruma dat het strafrechtelijk relevante opzet niet uitsluitend kan worden herleid tot het hierboven geschetste ‘psychische proces’, of – zoals hij het noemt – tot het door de handelende persoon gevormde ‘mentale opzet’. Het strafrechtelijk relevante opzet blijkt niet altijd met die mentale opzet te corresponderen, want er kunnen zich op het laatste moment nog omstandigheden voordoen waardoor de (in het voorafgaande psychische proces gevormde) wil alsnog wordt ‘overruled’ en de persoon in kwestie anders handelt dan hij aanvankelijk van plan was.²⁷ Buruma verwijst daarbij naar het voorbeeld van iemand die in een vergadering, onder invloed van het stemgedrag van anderen, besluit alsnog voor te stemmen, terwijl hij van plan was tegen te stemmen.²⁸ Hij definieert deze aldus gevormde wil, die zich uiteindelijk pas in de handeling manifesteert, als ‘opzet-in-actie’. Een aardige gedachte, maar ik ben niet helemaal overtuigd. Immers, als we ervan uitgaan dat het ‘psychische proces’ van de wilsvorming nog voortduurt tot vlak voor de handeling, dan maakt in het voorbeeld ook de gevoeligheid voor het stemgedrag van de anderen er deel van uit en is in dat opzicht de gevormde wil wel degelijk te herleiden tot dat psychische proces, of – zoals Buruma dat noemt – de ‘mentale wil’.²⁹ Nu hecht

²⁶ Zie Brouns 1988, p. 15. Volgens Brouns is deze zienswijze ook te herkennen in de fysieke of causale handelingsleer, die vroeger algemeen werd aangehangen: de gewilde spierbeweging die een verandering in de omgeving teweegbrengt, en die strafrechtelijk alleen relevant is omdat de spierbeweging ook is geweld, anders gezegd: waarbij de wil de oorzaak is van de spierbeweging. En evenals een niet gewilde spierbeweging strafrechtelijk niet relevant is, is een niet gewilde gedraging of een niet gewild gevolg niet relevant in verband met een evt. (formeel resp. materieel) opzetvereiste.

²⁷ Noot bij HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552. Zie ook naamgenoot F. de Jong ‘Opzetvaststelling finaal of intersubjectief?’, *DD* 2004, afl. 7/53, p. 700 en D.H. de Jong 2004, p. 1052.

²⁸ Hij ontleent het voorbeeld aan J.R. Searle, *Rationality in action*, Cambridge, Mass.: MIT 2001, p. 44-45. Zie ook F. de Jong 2004, p. 700.

²⁹ In dat opzicht ben ik het dus ook niet helemaal eens met D.H. de Jong, die in dit verband spreekt van ‘gereduceerd’ (voorwaardelijk) opzet. Hij doelt daarmee op de voor het verboden gevolg ‘relevante’ wil die (in mijn eigen woorden) a.h.w. in wisselwerking met het handelen en het gevolg wordt gevormd zonder dat er sprake hoeft te zijn van een complexe mentale toestand. Min of meer vergelijkbaar dus met wat Buruma ‘opzet-in-actie’ noemt. Zie D.H. de Jong

ik er eerlijk gezegd niet zoveel belang aan om te weten hoe de wil van de verdachte (volgens de ene of de andere leer) nu precies wordt gevormd, ware het niet dat er in dit geval nog iets anders speelt. In dit geval is er – zoals nog zal blijken – wel degelijk reden om even stil te staan bij het ‘drempelopzet’ en de daar tegenoverstaande zienswijze van Buruma.³⁰ Die reden schuilt in de argumenten die Buruma er aan ontleent voor de ‘normatieve opzetleer’ die hij aanhangt, en de daarmee corresponderende ‘finale’ bewijsconstructie van het opzet. Ik kom daar later nog op terug.

Wat betreft het strafrechtelijke discours met betrekking tot de materieelrechtelijke invulling van het opzetbegrip, zal ik me hier voor het overige (moeten) beperken tot de hoofdlijnen. Het zou in het kader van deze bijdrage te ver voeren om de andere varianten van ‘wilsleren’, de voorstellingsleren,³¹ en de vele andere ‘leren’ die Brouns, Peters, Nieboer e.a. nog hebben besproken, ook maar summier te behandelen.³² Voldoende is op te merken dat het strafrechtelijke discours op dit vlak

2004, p. 1052-1053. Ikzelf meen dat we het ‘psychische proces’ of de ‘mentale toestand’ die in het ‘drempelopzet’ geacht wordt vooraf te gaan aan de wilsvorming (ook wel ‘formeel opzet’ genoemd, waarmee dus op wat anders wordt bedoeld dan we gewoonlijk met het begrip formeel opzet bedoelen) niet teveel als een in de tijd beperkt proces moeten zien. Het is dus niet uit te sluiten dat het een kwestie van seconden kan zijn, of zelfs een fractie van een seconde, waarin er een wisselwerking plaatsvindt tussen indrukken van buitenaf en allerlei (veelal onverklaarbare) neigingen van binnenuit. Dus ook het ‘opzet-in-actie’ is wat mij betreft op te vatten als een psychisch proces dat vooraf gaat aan de wilsvorming. Om nog even aan te haken bij het besproken voorbeeld: ook het stemgedrag van de anderen draagt bij tot het psychische proces dat uiteindelijk resulteert in de voor het opzet relevante wil. Als echter met de term ‘gereduceerd’ opzet wordt bedoeld op de wil in de zin van uiteindelijk resultaat van dat psychische proces – eventueel in wisselwerking met de gedraging – waarbij voor het vaststellen van het opzet niet relevant is wat er allemaal door verdachtes hoofd heeft gespoekt (motief, innerlijk beraad, etc.), dan kan ik me daar heel goed in vinden.

³⁰ Voor alle duidelijkheid merk ik op, dat het mijn eigen analyse betreft. Buruma zelf zal zich ongetwijfeld niet echt hebben bekommerd over de vraag in welke verhouding zijn zienswijze staat tot het ‘drempelopzet’.

³¹ De voorstellingsleren houden (enigszins gesimplificeerd geformuleerd) in, dat het bij opzet in de kern gaat om het beseffen van de draagwijdte van het gedrag. Het willen wordt daarbij als het ware tot het weten (het beseffen) herleid. Ver doorgevoerd kunnen de ‘voorstellingsleren’ resulteren in de opvatting dat ‘weten noodzakelijk willen impliceert’. Vgl. Brouns 1988, p. 18-23 en met name de schrijvers (Pompe, Strijards, Nieboer, Vellinga) naar wie hij verwijst.

³² Daar komt nog bij dat de meeste van die ‘leren’ nogal ‘gezocht’, gedateerd, of op zijn minst achterhaald aandoen en voor een aanzienlijk deel ook nooit een (groot) draagvlak schijnen te hebben gehad. Dat kan verband houden met het feit dat veel van deze ‘leren’ lijken te zijn opgebouwd uit nauwelijks toetsbare of falcifieerbare vooronderstellingen, al moet ik toegeven dat de (logische of wetenschappelijke) toetsbaarheid en falcificeerbaarheid van deze theorieën zeker geen doorslaggevend criterium hoeven te vormen voor hun bestaansrecht.

Al met al moet ik in alle eerlijkheid bekennen dat een aantal van de ‘leren’ die door de gerefereerde schrijvers worden besproken, mij (laat ik het netjes zeggen) ‘boven de pet gaan’.

uiteindelijk heeft geresulteerd in het uitgangspunt waar we tegenwoordig vanuit gaan: er moet sprake zijn van een weten en een willen,³³ in welke gradaties dan ook, waarbij irrelevant is hoe dat weten en die wil tot stand zijn gekomen, wat er allemaal door de verdachte heen is gegaan, hoe intens het willen is, welke motieven er aan ten grondslag liggen, enzovoort.³⁴

Wel verdient hier nog even de aandacht, dat niet alleen de verschillende wilsleren, maar bijvoorbeeld ook de voorstellingsleren (en de daarmee verwante theorieën die ervan uitgaan dat ‘weten’ noodzakelijkerwijs ‘willen’ impliceert), tot op zekere hoogte mede bepalend zijn geweest voor zowel de *procesrechtelijke* bewijsconstructies die we tegenwoordig kennen, als de huidige *materieelrechtelijke* invulling van het opzetbegrip.³⁵ Vooral wat betreft de opzetgradaties ‘opzet als zekerheids- en nood-

Dat alles laat overigens onverlet dat het voor de liefhebber zeer de moeite waard kan zijn er kennis van te nemen. Deze theorieën hebben per slot van rekening direct of indirect bijgedragen aan het opzetbegrip zoals wij dat tegenwoordig kennen.

³³ Wat betreft de vraag wat precies moet worden verstaan onder ‘weten en willen’, beperk ik me hier tot het volgende. Ik durf de stelling aan dat iedere ‘normale’ mens die bij zichzelf te rade gaat, het verschil wel weet tussen ‘willens en wetens’ handelen en ‘per ongeluk’ handelen (dan wel een bepaald gevolg teweegbrengen). Ik sluit, wat dat betreft, aan bij de beleavingswereld van de gemiddelde mens of, anders gezegd, bij het gewone spraakgebruik. Ook de wetgever heeft het gewone spraakgebruik als uitgangspunt genomen (vgl. Nieboer 1978, p. 27), ook al voldoet dat misschien niet om ‘tot een aantal cijfers achter de komma’ tot uitdrukking te brengen wat precies onder de begrippen ‘weten en willen’ moet worden verstaan. De wetgever (en de rechter) hebben vervolgens het opzetbegrip ‘normatief’ aangescherpt en opgerekt in die zin, dat ook de geestesgesteldheid ‘welbewust aanvaarden’ tot het opzetbegrip moet worden gerekend. Maar ook al is die ‘normatieve’ aanvulling misschien niet ontleend aan het normale taalgebruik, ook daarvoor geldt dat eenieder die bij zichzelf te rade gaat, tot de conclusie zal komen dat er een (zij het soms heel subtiel) verschil bestaat tussen ‘het risico op de koop toemenen’ en ‘het risico verkeerd inschatten’. Dit verschil rechtvaardigt – zo lijkt ook de opvatting van de wetgever te zijn geweest – het verschil in afkeurenswaardigheid van de gedraging.

³⁴ Deze factoren kunnen wel van belang zijn voor de strafmaat, maar in ieder geval niet voor het vaststellen van het vereiste opzet.

³⁵ De opvatting dat het weten de kern vormt van het opzet, heeft overigens ook gevolgen voor de wijze waarop men het opzet afbakt ten opzichte van culpa. Zo zullen aanhangers van de voorstellingsleren (en aanverwante theorieën) per definitie weinig op hebben met ‘bewuste schuld’. Immers, in hun zienswijze impliceert weten, beseffen, bewustzijn of welke gradatie van het vereiste kenniselement dan ook, dat (als je je daardoor niet laat afhouden van de verboden of risicovolle gedraging) er ook sprake is van een vorm van willen, zodat bewuste schuld als een vorm van opzet moet worden gezien. Op deze denkrichting zal hier niet nader worden ingegaan. Dat geldt ook voor de opvatting van sommigen dat opzet en culpa niet elkaars tegengestelden zijn, maar dat er veeleer een geleidelijke overgang zou zijn tussen culpa en opzet (vgl. Peters). Vrij algemeen wordt aangenomen dat ‘culpa dolo exonerat’. Maar of dat andersom ook geldt, daarover verschillen de meningen. Sommigen menen dat het ‘meerdere’ (opzet) ook het ‘mindere’ (culpa) omvat. Ik huldig het standpunt dat er bij opzet geen sprake is van het ‘meerdere’ t.o.v. het ‘mindere’ (schuld). Weliswaar wel wat betreft de afkeurenswaar-

zakelijkheidsbewustzijn', maar wellicht ook 'opzet als waarschijnlijkheidsbewustzijn', geldt als uitgangspunt: als je weet dat het gevolg zeker of waarschijnlijk zal intreden, en je doet het toch, dan heb je het ook gewild.³⁶ Op de keper beschouwd raakt deze kwestie niet primair de *materieelrechtelijke* invulling van het opzetbegrip, maar betreft het veeleer de wijze waarop de verschillende componenten van het vereiste opzet *procesrechtelijk* moeten worden vastgesteld. Ik wijs nog maar even op de redenering van De Jong t.a.v. het kenniselement, die in de inleiding al even ter sprake kwam. Deze redenering werkt – dat spreekt eigenlijk voor zich – ook door in het wilselement. Immers, de bewijsconstructie van het wilselement aan de hand van de logische redenering 'als iedereen het weet, dan weet de verdachte het ook, en als je het weet en je doet het toch, dan wil je het ook'³⁷ veronderstelt dat de verdachte het ook écht weet. Maar zoals we zagen, is er op het eerste deel van die logische constructie ('iedereen weet het, dus de verdachte weet het ook') nogal wat af te dingen, zodat, na enkele tussenstappen in de redenering, de conclusie – volgens D.H. de Jong – niet anders kan zijn dat hier sprake is van een 'normatieve' invulling van de kenniscomponent en daarmee – voeg ik er dan maar aan toe – ook van de daarop gebaseerde wilscomponent.

Dat deze (eventueel normatief ingekleurde) bewijsconstructie vervolgens ook kan doorwerken in de materieelrechtelijke invulling van het opzetbegrip, en vice versa, kan als volgt – aan de hand van de normatieve afbakening van het begrip 'voorwaardelijk opzet' – worden geïllustreerd. Bij voorwaardelijk opzet (mogelijkheidsbewustzijn) kan voor het bewijs van het wilselement *niet* altijd worden volstaan met het bewijs van het kenniselement. Om het wilselement (het aanvaarden) te mogen aannemen is er dus vaak meer nodig dan het enkele besef van het risico dat het verboden gevolg kan intreden. De HR heeft vastgesteld dat de rechter ten minste ook acht dient te slaan op de aard van de gedraging en de omstandigheden

digheid van het handelen, maar niet wat betreft de specifieke, onderscheidende inhoud van beide begrippen, die juist 'constitutief' is voor de afkeurenswaardigheid van het desbetreffende handelen. Deze 'constitutieve' functies van beide begrippen moeten wat mij betreft dus worden opgevat in elkaar uitsluitend en niet als gradueel t.o.v. elkaar staande grootheden: het opzet onderscheidt zich van culpa door het wilselement, in welke gradatie dan ook. Dat is, als gezegd, ook de zienswijze van de wetgever geweest, welke zienswijze ook tegenwoordig nog steeds in brede kring wordt onderschreven.

³⁶ Vgl. o.a. Nieboer 1978, p. 6 en 7. Daar betoogt hij ook, dat degene die *wetens* handelde, en zelfs degene die zich van de aanmerkelijke kans (dat een bepaald gevolg zou intreden) *bewust* is geweest, ook *willens* handelde. De HR heeft Nieboer daarin niet gevolgd en gaat ervan uit dat er ook sprake kan zijn van een besef van de aanmerkelijke kans zonder het gevolg te willen (men gaat er in dat geval vanuit dat het zo'n vaart niet zal lopen): de bewuste schuld. Vgl. HR 2 februari 2004, *NJ* 2004, 375 (Slaan met pistool) en HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199 (Porsche).

³⁷ Het welbekende normaliteitssyllogisme.

van het geval, in combinatie met de algemene ervaringsregels.³⁸ Men zou kunnen stellen dat de HR in de loop van de tijd wat vaker op de rem is gaan staan in die zin, dat ten minste aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan wil men ‘het willen’ kunnen afleiden uit ‘het weten’. Een al te gemakkelijke constructie van het voorwaardelijke opzet aan de hand van het normaliteitsyllogisme wordt dus zeker niet (meer) blindelings aanvaard. Daarnaast heeft de HR nog een soort extra *materieel-rechtelijk* vangnet geconstrueerd. Ook als met inachtneming van de door de HR ontwikkelde maatstaven het bewijs van (weten en) willen is te construeren, dan nog kan er slechts sprake zijn van voorwaardelijk opzet als de welbewust aanvaarde kans dat het verboden gevolg zal intreden, *aanmerkelijk* – in de betekenis van aanzienlijk – is.³⁹ Daarmee lijkt de onzekerheidsmarge die inherent is aan de boven omschreven ‘logische’ bewijsconstructie, in nog een ander (i.c. materieelrechtelijk) opzicht te worden gecompenseerd. Pas als er – zo lijkt de gedachtegang van de HR te zijn – sprake is van een aanzienlijk risico, is er als het ware voldoende (weten en) willen om nog van opzet te kunnen spreken.⁴⁰ Het behoeft geen betoog, dat dit duidt op een uitgesproken normatieve invulling van het voorwaardelijke opzet: als er geen sprake is van een aanzienlijke kans, wordt het wilselement geacht onder die normatief getrokken grens te blijven. Dat alles ongeacht het feit dat het *logisch* gezien heel goed te verdedigen valt dat het wilselement allerm minst afhankelijk is van de vraag of het risico al dan niet aanzienlijk is.⁴¹ Men zou zelfs kunnen beweren dat

³⁸ Zo spreekt de HR van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging – zoals een ernstig geweldsdelict – die met zich mee kan brengen dat het niet anders kan dan dat de verdachte het gevolg heeft gewild (vgl. HR 2 februari 2004, *NJ* 2004, 375, Slaan met pistool). Of anderzijds: een verkeersdelict waarbij de verdachte mag worden geacht zijn eigen leven niet op het spel te willen zetten, zodat uit zijn gedrag, waarvan de risico’s bekend ‘moeten’ zijn, niet zonder meer het *aanvaarden* van de mogelijkheid van een ernstig ongeval mag worden afgeleid (vgl. HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199, Porsche).

³⁹ Deze voorwaarde vormt al veel langer onderdeel van de formules waarmee de HR het voorwaardelijk opzet aanduidt. Echter, de HR heeft pas recentelijk het begrip ‘aanmerkelijk’ nader ingevuld door er een betekenis aan te geven die dichterbij de buurt komt van ‘aanzienlijk’ dan ‘niet denkbeeldig’. Zie in dit verband Nieboer 1978, p. 18-19. Om die ontwikkeling in het denken van de HR te benadrukken, geef ik er hier de voorkeur aan het woord aanzienlijk te gebruiken i.p.v. aanmerkelijk.

⁴⁰ Nieboer merkt op dat de inhoudelijke betekenis die het begrip ‘aanmerklijke kans’ in de loop van de tijd in de jurisprudentie heeft gekregen, divergeert met de doctrine. Als ik het goed zie, neigt Nieboer zelf – evenals De Jong – naar een normatieve inkleuring van het begrip ‘aanmerklijke kans’: ‘De aanmerklijke kans is de beslist onaanvaardbare kans’. Zie Nieboer 1978, p. 18-19.

⁴¹ De vraag hoe we vervolgens het ‘welbewust aanvaarden van een *geringe* kans’ moeten kwalificeren, hangt een beetje in de lucht. Er is wat dat betreft een soort niemandsland gecreëerd. Immers, er is dan ook geen sprake van ‘bewuste schuld’ (of een andere vorm van culpa) indien die geringe kans wel degelijk *op de koop toe wordt genomen*. Wellicht een (nieuwe) reden om

een klein risico eerder wordt aanvaard dan een aanzienlijk risico. Een voorbeeld dus van een evident ‘normatieve’ invulling van het opzetbegrip in materieelrechtelijke zin,⁴² waarmee de onzekerheidsmarge die inherent is aan de procesrechtelijke (logische) bewijsconstructie⁴³ van het voorwaardelijk opzet, lijkt te worden gecompenseerd.⁴⁴

Vastgesteld kan dus worden dat de HR de ‘voorstellingsleren’, en aanverwante theorieën, niet in alle opzichten heeft geïncorporeerd in het huidige opzetbegrip, door niet zonder meer te aanvaarden dat *willen* ook bij voorwaardelijk opzet altijd zonder meer kan worden afgeleid uit het *weten*. Maar dat laat onverlet dat ook de voorstellingsleren, zij het indirect en uiteindelijk uitmondend in een materieelrechtelijk tegenwicht tegen procesrechtelijke onzekerheidsmarges, wel degelijk een rol (kunnen) hebben gespeeld bij de normatieve invulling van het opzetbegrip. In dat opzicht kan het opzetbegrip dus enerzijds worden gezien als een product van de kruisbestuiving tussen de *materieelrechtelijke* en de *procesrechtelijke* invulling van het opzetbegrip. Terwijl het anderzijds kan worden gezien als een product van de daar dwars doorheen lopende wisselwerking tussen een *normatieve* en een *logisch theoretische* invalshoek.

3. De veruiterlijking van het opzet

In het voorafgaande stond de *inhoud*, dat wil zeggen de materieelrechtelijke (normatieve) inkleuring van het opzetbegrip, centraal.⁴⁵ In deze paragraaf zal het accent komen te liggen op de *uiterlijke* verschijningsvorm van het opzet. Deze ‘veruiterlij-

toch weer eens te denken aan een tussengebied tussen opzet en schuld, waarin en passant ook de andere problemen op het grensgebied van opzet en schuld een plek kunnen krijgen?

⁴² Deze materieelrechtelijke *normatieve* afbakening van het – voor voorwaardelijk opzet relevante – willen laat overigens onverlet dat daarvoor min of meer *objectieve* maatstaven kunnen gelden. Zo heeft de HR uitgemaakt dat de vraag of er sprake is van ‘aanmerkelijke kans’ (een normatieve voorwaarde), moet worden beantwoord aan de hand van ervaringsregels, m.a.w.: statistieken en dergelijke. Zoals al eerder opgemerkt, heeft de HR daarmee de opvatting van D.H. de Jong, dat daarbij ook de aard en de ernst van de gevolgen een rol zouden moeten spelen, niet overgenomen. Daarmee wekt de HR de indruk het begrip ‘aanmerkelijke kans’ *objectief* te willen invullen. Het behoeft geen betoog dat daar wel wat op valt af te dingen. Immers, de vraag rijst bij welke ‘objectieve’ percentages een kans nog net wel of net niet meer aanmerkelijk is te noemen. Op de keper beschouwd zullen we, met name bij grensgevallen, uiteindelijk de knoop toch normatief moeten doorhakken.

⁴³ Een bewijsconstructie die overigens – zoals bleek – volgens sommigen evenzeer samenhangt met, of voortvloeit uit een normatief opzetbegrip.

⁴⁴ Het is overigens maar de vraag of de HR deze gedachtegang welbewust ten grondslag heeft gelegd aan het vereiste van aanmerkelijke kans, maar het effect is er niet minder om.

⁴⁵ Dat laat onverlet, zo zagen we, dat er sprake is van een zekere wisselwerking tussen de inhoudelijke (normatieve) invulling en afbakening van het opzetbegrip en de wijze waarop het bewijs van het opzet procesrechtelijk wordt geconstrueerd.

king' speelt – zoals nog zal blijken – een belangrijke rol bij de procesrechtelijke bewijsconstructie van het (in bovenbedoelde zin inhoudelijk ingevulde) opzet. Immers, het zij nog maar eens herhaald: de rechter kan nu eenmaal niet in het hoofd van de verdachte kijken en zal dus, als de verklaringen van de verdachte of getuigen geen uitsluitsel geven, het bewijs van het vereiste opzet moeten construeren aan de hand van uiterlijkheden.

Wat dat laatste betreft, zijn er in de literatuur globaal gesproken twee stromingen, of liever gezegd: twee accentverschillen, te onderscheiden.

In de eerste plaats de opvatting dat in het bewijs van het strafrechtelijke opzet per definitie al een zeker normatief oordeel besloten ligt. En dat daar ook niets mis mee is, aangezien strafrechtelijk bewijs nu eenmaal iets anders is dan wiskundig bewijs. Immers, de inhoud van het opzetbegrip staat niet (zoals in de wiskunde) al op voorhand en voor eens en voor altijd onveranderlijk vast, maar komt juist in de (toepassing in de) praktijk tot ontwikkeling.⁴⁶ In dat opzicht biedt het opzetbegrip – binnen zekere grenzen – een handvat om zeer verwerpelijk gedrag dat naar zijn uiterlijke verschijningsvorm als 'opzettelijk handelen' *kan* worden aangemerkt, ook daadwerkelijk als 'opzettelijk handelen' aan te merken en daarmee de afkeurenswaardigheid van het handelen te beklemtonen. Dus ongeacht wat de dader werkelijk heeft geweten, gedacht of gewild, want daar komen we – zo is de gedachte – toch nooit helemaal precies achter.

Haaks daarop staat de opvatting dat er in beginsel niets normatiefs schuilt in de wijze waarop het bewijs van het opzet procesrechtelijk wordt en moet worden geconstrueerd. Het opzetbegrip mag dan in materieelrechtelijke zin normatief zijn ingevuld en afgebakend, in het procesrecht gaat het er om het aldus normatief ingekleurde opzet te bewijzen en niet meer dan dat. En als er al sprake is van bewijsconstructies met normatieve trekjes, dan duidt dat op de gebrekkigheid van de bewijsconstructie. Dan mag daaruit in ieder geval niet de conclusie worden getrokken dat het een inherente functie van de bewijsconstructies betreft in die zin, dat daarmee welbewust een nadere juridische specificatie van het strafrechtelijke opzet wordt beoogd.⁴⁷

⁴⁶ Vgl. Nieboer: 'Zouden we al te hoge eisen aan die motivering gaan stellen (van de bewezenverklaring van het opzet (N.K.)), dan zou de rechter te vaak zijn motivering niet rond krijgen en tegen zijn overtuiging in moeten vrijspreken. De selecterende functie van ons strafrecht gaat dan tekort schieten.' (a.w. 1978, p. 8). En in wat andere woorden De Jong: 'De strafrechtjurist wijst er in dit verband doorgaans, met recht, op dat strafrechtelijk bewijs ook wat anders is dan wiskundig bewijs. De rechterlijke overtuiging, gebaseerd op bepaald bewijsmateriaal, is voldoende. Maatschappelijke normen spelen hier mee. Eenvoudig gezegd: wiskundige eisen stellen aan een strafrechtelijk bewijs zou leiden tot een maatschappelijk volstrekt onaanvaardbare hausse aan vrijspraken' (a.w. 2004, p. 1054).

⁴⁷ Het zal duidelijk zijn dat in deze optiek de gedachte dat er sprake zou zijn van een 'normatieve wisselwerking' tussen de materieelrechtelijke betekenis van het opzetbegrip en de procesrechtelijke

Tussen deze twee uitersten zijn natuurlijk tal van mengvormen denkbaar. Daarvoor zij verwezen naar de vorige paragraaf, waar bleek dat de wisselwerking tussen de procesrechtelijke bewijsconstructies en de materieelrechtelijke invulling van het opzetbegrip tot mengvormen – in de letterlijke zin van het woord – kan leiden. Echter, hier zijn, om de discussie op scherp te kunnen stellen, vooral de boven beschreven ‘uitersten’ interessant. Ik zal er dan ook wat dieper op in gaan.

Afgaande op de literatuur mag worden aangenomen dat de constructies om de dader, wat betreft het bestanddeel opzet, van zijn concreetheid of individualiteit te ontdoen, in zekere zin uit bewijsnood zijn geboren.⁴⁸ Dat betekent andersom gere-deneerd, dat de desbetreffende constructies, zoals: de reductie van opzet tot weten (vgl. Nieboer), het zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn, het voorwaardelijke opzet, het normaliteitsyllogisme en noem maar op,⁴⁹ primair in het teken staan van het bewijs van het vereiste opzet, zonder daar op voorhand een normatief oordeel in te willen verdisconteren. En als in dit verband al wordt gesproken van ‘normativering’, dan wordt daarmee in feite bedoeld op ‘generalisering’ in de zin van algemene aanwijzingen en ervaringsregels.⁵⁰ Dat wil zeggen: wetmatigheden waarvan elk *normaal* mens⁵¹ (in de zin van het beschikken over bepaalde intellectuele eigenschappen⁵²) op de hoogte is. Blok en Besier formuleren het aldus:

‘Eveneens behoren hiertoe de algemeen geldende regelen aan dagelijkse ervaring, aan wetenschap of aan techniek ontleend, waarvan hij (de rechter (N.K.)) zich bedient bij het waarden der feiten, om daaraan gevolgtrekkingen te ontleenen’.⁵³

telijke bewijsconstructies van opzet, niet zal worden onderschreven, althans dat die eventuele wisselwerking zal worden afgewezen.

⁴⁸ Of zoals Peters het formuleert: een bewijs van het *onzichtbare* (d.w.z. de bewustzijnsinhouden die zich aan de directe waarneming onttrekken) uit het *zichtbare*. Hij spreekt in dat verband van ‘indirect bewijs’. Vgl. Peters 1966, p. 117.

⁴⁹ Zie verder Brouns 1988, p. 300.

⁵⁰ Andersom heeft Van Bemmelen het over een ‘geobjectiveerd opzetbegrip’, terwijl hij in feite juist doelt op een ‘normatief opzetbegrip’. Vgl. Peters 1966, p. 119-120 en de publicaties van Van Bemmelen waarnaar hij verwijst.

⁵¹ Vandaar de term ‘normativering’ die in dit verband wel wordt gebruikt.

⁵² ‘Normaal mens’ in dit geval dus niet opgevat in de betekenis van een mens die zich richt naar de normen waaraan de sociale handelingen hun betekenis ontleen (de betekenis die Peters meer voor ogen staat), maar in de betekenis van de overgrote meerderheid van alle mensen die geen ziekelijke, psychische afwijkingen vertonen die tot misdaad predisponeren (deze laatste betekenis staat – als gezegd – ook Van Bemmelen voor ogen in zijn oratie van 2 oktober 1931 te Leiden, getiteld: ‘De betekenis van het strafrecht voor de normale mens’). Zie Peters 1966, p. 122.

⁵³ Zie A.J. Blok en L. Ch. Besier, *Het Nederlandsche Strafproces II*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zn. 1925, p. 131, waar zij de bewijsmiddelen bespreken. Zie ook Brouns 1988, p. 300.

In die zin is het begrip ‘normativering’ dus wat misleidend: het gaat hier in beginsel om objectieve – voor de *normale* mens kenbare – wetmatigheden op grond waarvan de relatie, althans de waarschijnlijkheid daarvan, tussen twee ‘relata’⁵⁴ kan worden aangetoond. Zo is het – in deze optiek – (bijna) zeker, dat als iemand een ander voor een rijdende trein duwt, hij die ander ook van het leven *wil* beroven (welke psychische processen zich ook allemaal in het hoofd van de dader hebben afgespeeld).

Het bestuderen van de literatuur rechtvaardigt wat mij betreft de conclusie, dat de meeste schrijvers die zich hebben beijverd om een werkbare bewijsconstructie voor opzet te ontwikkelen, daarbij hebben beoogd de bewijsconstructie te schragen op *objectieve* (en dus niet *normatieve*) wetmatigheden. Wat men er ook van mag vinden, deze invalshoek moet, denk ik, worden beschouwd als de grootste gemene deler van al die pogingen – zowel in de literatuur als in de rechtspraktijk – om het bewijs van het opzet te construeren aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm daarvan.

Wat betreft de daar tegenover staande opvatting dat ook in de procesrechtelijke bewijsconstructie van het opzet een zeker normatief oordeel besloten ligt, en er dus wél met recht kan worden gesproken van ‘normativering’, springt in de wat oudere literatuur – zoals al in de vorige paragraaf al bleek – vooral de opvatting van Peters in het oog. Peters (ook wel de Nederlandse vertegenwoordiger van de zgn. finale handelingsleer genoemd⁵⁵) lijkt het verst te gaan in de opvatting dat het bewijs van opzet in feite alleen kan worden geconstrueerd uit de gedraging waar het om draait. Sterker nog: het opzet is inherent aan bepaalde gedragingen, en hoeft dus eigenlijk niet eens afzonderlijk te worden bewezen. Zie ik het goed, dan bedoelt hij te zeggen dat een bepaalde strafbaar gestelde ‘gedraging’, zoals doodslag, eenvoudigweg geacht wordt opzettelijk te zijn verricht. Het in de delictsomschrijving voorkomende bestanddeel ‘opzet’ moet dan ook niet zozeer worden gezien als een voorwaarde voor strafbaarheid, maar meer als een nadere omschrijving van de delictshandeling, die eigenlijk net zo goed achterwege had kunnen blijven. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval in de delictsomschrijving van mishandeling. In de ogen van Peters is opzet dus altijd een soort ‘impliciet opzet’. Nieboer formuleert deze zienswijze van Peters

⁵⁴ Een term van Brouns.

⁵⁵ De finale handelingsleer houdt (voorzover hier relevant) in, dat opzet tot de handeling behoort, dus als het ware besloten ligt in de handeling. Overigens geeft Peters behoorlijk af op degenen die ‘finaliteit’ beschouwen als een zuiver interne, psychische aangelegenheid (vgl. Peters 1966, p. 92) en verwerpt hij ook de theorie van de ‘objectieve finaliteit’ (een variant van de finale handelingsleer). Zie Peters 1966, p. 94 e.v.

ongeveer als volgt: als we iemands daden kunnen benoemen als doodslag, is daarmee tevens gezegd dat hij het opzettelijk deed.⁵⁶ Peters zelf:

‘De intentionele gerichtheid van het gedrag is iets anders dan de subjectieve bedoeling van het handelend subject, al kunnen beide natuurlijk samenvallen. Ziet men het zo, dan kan voor opzet niet beslissend zijn wat de verdachte precies heeft gewild.’⁵⁷

Voorts:

‘De vraag is niet: wat dacht of wilde de dader toen hij schoot?, maar: pleegde hij een doodslag!’⁵⁸

Van opzet opgevat als impliciet – in de gedraging besloten liggende – opzet, is het nog maar een kleine stap naar de ‘normatieve opzetleer’⁵⁹ die Peters aanhangt.⁶⁰ Volgens Peters moeten handelingen (dus inclusief het daarin eventueel besloten liggende opzet) worden opgevat als betekeniseenheden van een normatief stelsel. Omdat aan handelingen slechts bovenindividuele betekenis toekomt, speelt de subjectieve bedoeling van de handelende persoon geen rol.⁶¹ Dat wil zeggen dat de vraag naar het opzet als het ware opgaat in de vraag naar de sociale betekenis van de gedraging.

Peters onderbouwt en illustreert zijn standpunt met tal van uitspraken en andere voorbeelden. Zo bespreekt hij het arrest HR 23 juli 1937, *NJ* 1938, 869 en analyseert hij met name de bewijsconstructie van het opzet, in dat geval een variant van het normaliteitsyllogisme. In de eerste plaats stelt hij vast dat het onjuist zou zijn om hier vanuit normatief opzet (anderen zouden zeggen: vanuit geobjectiveerd opzet) tot ‘feitelijk opzet’ te concluderen. De logische bewijsconstructie waar het hier om

⁵⁶ Zie Nieboer 1978, p. 27. Overigens wijst Nieboer deze gedachte-exercitie om verschillende redenen af. Onder meer omdat Peters begrippen introduceert en interpreteert op een wijze die te ver af staat van het gewone spraakgebruik, alsmede van de bedoeling van de wetgever.

⁵⁷ Peters 1966, p. 91-92.

⁵⁸ Peters 1966, p. 117.

⁵⁹ Overigens komt de term ‘normatief opzet’ uit de koker van Van Bemmelen. Hij is te beschouwen als de uitvinder van de normatieve opzetleer. Hoewel hij de begrippen ‘geobjectiveerd opzet’ en ‘normatief opzet’ door elkaar gebruikt, moet toch worden aangenomen dat hij doelt op de normatieve opzetleer zoals hier uiteengezet: opzet die als gevolg van de sociale betekenis die aan een gedraging wordt toegekend, geacht wordt in die handeling besloten te liggen. Zie Peters 1966, p. 119-123.

⁶⁰ De ‘normatieve opzetleer’ vertoont overigens verwantschap met de ‘objectieve strekkingsleeren’ van Pompe en Van Hattum, maar kan daarmee niet worden vereenzelvigd. Zie voor een nadere toelichting Brouns 1988, p. 57.

⁶¹ Zie Brouns 1988, p. 58.

draaide, luidde ongeveer als volgt: een normaal mens weet dat als je een ander met een mes in zijn buik steekt, dat tot de dood van het slachtoffer kan leiden. Dan kan het niet anders, zo is de redenering, dan dat ook de verdachte dat heeft geweten. Waarom kan dat niet anders, vraagt Peters zich af. Het is heel goed denkbaar dat er mensen zijn die dat (uit dommieghed of onbenul) inderdaad niet weten, laat staan willen. Volgens Peters ‘bewijst’ de rechter hier dan ook geen opzet, maar benoemt hij, door opzet aan te nemen, de gedraging. En de gedraging, in die betekenis, wordt de dader vervolgens aangerekend. Het gaat hier dus niet om het uitdrukken van een logische noodzakelijkheid, maar om een ‘volkomen normatief opzetbegrip’.⁶²

Ook in de recente literatuur zijn moderne varianten van deze min of meer haaks op elkaar staande opvattingen over het (procesrechtelijk) construeren van het vereiste opzet te vinden.⁶³ Om dat te illustreren, haak ik aan bij de (door D.H. de Jong in grote lijnen onderschreven) opvattingen van Buruma⁶⁴ waarnaar in de vorige paragraaf al even zijdelings werd verwezen.⁶⁵

Wat betreft de wijze waarop opzet kan worden bewezen, onderscheidt Buruma twee benaderingen: de *intersubjectieve* methode en de *finale* methode. In de intersubjectieve methode vormt het ‘innerlijke’ (alles wat zich in het hoofd van de verdachte heeft afgespeeld) het uitgangspunt, ongeacht hoe precies moet worden vastgesteld wat de verdachte allemaal heeft gedacht, gewild en geweten. In de finale methode – waar Buruma’s voorkeur naar uitgaat – ligt de nadruk op de veruiterlijking. Het opzet wordt als het ware losgekoppeld van het innerlijke en wordt – in de woorden van F. de Jong – uit het hoofd van de verdachte overgeheveld naar diens gedraging. Het begrip ‘opzet’ duidt daarmee niet (meer) primair op een innerlijke gesteldheid, maar op de ‘contextueel bepaalde betekenis van het gedrag’.⁶⁶ Wat simpeler geformuleerd: voor het bewijs van opzet is de tussenstap van het innerlijke eigenlijk niet meer nodig. Immers, als op grond van uiterlijkheden – in de zin van sociale betekeniseenheden – kan worden aangenomen dat de voor opzet vereiste geestesgesteld-

⁶² Peters 1966, p. 124-126. Zie voor tal van andere voorbeelden van arresten waarmee Peters zijn standpunt (de normatieve opzetleer) op een vergelijkbare manier illustreert, p. 126-145.

⁶³ Nog even recapitulerend: enerzijds de min of meer normatieve toerekening van het opzet (aan de hand van gedragingen als sociale betekeniseenheden, die worden geacht het opzet te omvatten). Anderzijds het uitsluitend op ‘feitelijke’ wijze vaststellen van het opzet (aan de hand van gedragingen als premissen voor logische wetmatigheden, die worden geacht tot de bewijsconstructie van het opzet te leiden).

⁶⁴ Zie de noot van Buruma bij HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (het eerste van de zgn. HIV-arresten, waarbij de HR o.a. heeft bepaald dat de vraag of er sprake was van de – voor voorwaardelijk opzet – vereiste aanmerkelijke kans, niet afhankelijk kan worden gesteld van de aard van het gevolg).

⁶⁵ Zie in dit verband vooral ook (naamgenoot) F. de Jong 2004, p. 697-713.

⁶⁶ F. de Jong 2004, p. 698.

heid aanwezig is,⁶⁷ en er dus opzet is, waarom dan het opzet niet rechtstreeks afleiden uit die uiterlijkheden?

In de intersubjectieve bewijsvoering staat de voor het opzet vereiste geestesgesteldheid wél voorop en wordt het bewijs daarvan (datgene wat zich allemaal in het hoofd van de verdachte heeft afgespeeld en uiteindelijk heeft geleid tot de door het bewustzijn gedreven vrije wil, althans tot een bewustzijnsinhoud die als opzet kan worden gekwalificeerd) geconstrueerd aan de hand van verklaringen van de verdachte en eventuele getuigen. Maar daarnaast ook – indien verklaringen van de verdachte en getuigen niet volstaan – aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging in combinatie met de omstandigheden van het geval. Hoewel in dat geval door middel van objectivering wordt geabstraheerd van het ‘innerlijke’ van de verdachte, wordt daarmee uiteindelijk wel degelijk beoogd een zo betrouwbaar mogelijke uitspraak te doen over datzelfde innerlijk. Dat wil zeggen dat uit bepaalde objectieve feiten, omstandigheden en wetmatigheden aanwijzingen worden ontleend om een bepaalde bewustzijnsinhoud te mogen aannemen, die al dan niet als opzet kan worden gekwalificeerd.⁶⁸

Dit onderscheid vertoont – dat zal inmiddels wel duidelijk zijn – materieelrechtelijk grote gelijkenis met het onderscheid tussen enerzijds de door Brouns e.a. behandelde en hierboven besproken wilsleren (en enkele daarmee verwante leren) en anderzijds de finale handelingsleren (waaronder met name de normatieve opzetleer van Peters). Voorts zijn in dit onderscheid ook de op die leren geënte procesrechtelijke bewijsconstructies van het opzet te herkennen. Zo speelt in de finale bewijsmethode, evenals in de normatieve opzetleer van Peters, het ‘innerlijk’ van de verdachte als zodanig nauwelijks nog een rol. Het bewijs van het opzet wordt uitsluitend afgeleid uit de ‘gerichtheid’ (finaliteit) van de gedraging. In de finale bewijsvoering wordt dus – evenals in de normatieve opzetleer van Peters e.a. – naar de gedraging zelf gekeken. Niet om daaruit een bepaalde mentale toestand bij de verdachte af te leiden, dus datgene wat hij feitelijk wist, dacht of wilde.⁶⁹ Maar om de aan die gedraging inherente gerichtheid te kunnen vaststellen.⁷⁰

De vraag is alleen: hoe kan worden vastgesteld dat een bepaalde, als opzet te kwalificeren, gerichtheid inherent is aan de desbetreffende gedraging. Ook wat dat betreft haakt de finale bewijsvoering in hoge mate aan bij de opvattingen van Peters. Doorslaggevend is de sociale betekenis die aan een gedraging wordt toegeschreven. Het komt er in het kort op neer, dat een bepaalde afkeurenswaardige gedraging – naar haar uiterlijke verschijningsvorm – geacht wordt opzettelijk te zijn verricht,

⁶⁷ Vgl. de intersubjectieve bewijsmethode, die verderop nog zal worden besproken.

⁶⁸ Zie (in wat andere woorden) ook F. de Jong 2004, p. 699.

⁶⁹ Of, in de woorden van Buruma, niet om de rechter zich als een soort literator een beeld te laten vormen van wat de verdachte wel zal hebben gewild. Zie zijn noot bij *NJ* 2003, 552, p. 4323.

⁷⁰ Vergelijk hetgeen hierboven is uiteengezet over het ‘impliciete opzet’ van Peters.

omdat die gedraging in het dagelijkse verkeer, en vooral ook in de rechtspraktijk, nu eenmaal als een opzettelijke gedraging wordt gezien. Zo opgevat ziet de finale bewijsvoering dus op het maatschappelijk relevante opzet, dat niet noodzakelijkerwijs hoeft samen te vallen met het ‘innerlijke’ opzet van de verdachte.

Ook in deze moderne varianten van de boven uiteengezette ‘uitersten’ in opvattingen over de procesrechtelijke bewijsconstructie van het opzet worden de begrippen ‘objectief’ en ‘normatief’ op een enigszins verwarrende manier door elkaar gebruikt. Wat mij betreft verdient het de voorkeur om het begrip ‘objectiverende methode’ te reserveren voor – wat door Buruma e.a. wordt omschreven als – de intersubjectieve bewijsmethode. Daarbij duidt het begrip objectivering op ‘voor eenieder waarneembare en kenbare uiterlijke omstandigheden en wetmatigheden’ (waaruit de voor het opzet vereiste geestesgesteldheid wordt afgeleid). Dat is dus wat anders dan de bewijsconstructie van het opzet aan de hand van sociale normen die betekenisbepalend zijn voor de desbetreffende gedraging. Ik zou dat liever de ‘normativering’ van het opzet willen noemen, een term die het best past bij (wat door Buruma e.a. wordt betiteld als) de finale bewijsmethode.

Wat daar ook van zij, met deze korte schets van de intersubjectieve en finale bewijsmethodes is m.i. voldoende geïllustreerd, dat de discussies over de precieze inhoud van het opzet, alsmede de wijze waarop het opzet procesrechtelijk moet worden geconstrueerd, nog lang niet zijn verstomd.⁷¹

In de volgende paragraaf zal ik de besproken denkrichtingen plaatsen in het licht van de vraagstelling zoals die in de inleiding is geformuleerd, en zal ik met name ingaan op risico’s die kleven aan de normativering van de procesrechtelijke bewijsconstructies van het opzet.

4. Slotsom

In het voorafgaande bleek dat de materieelrechtelijke betekenis van het opzetbegrip op zijn zachtst gezegd normatieve trekjes heeft (nog afgezien van het feit dat een voorwaarde voor strafbaarheid – zoals een bestanddeel van een delictsomschrijving – als zodanig natuurlijk altijd een normatieve oorsprong heeft, d.w.z. het resultaat is van normatieve afwegingen en keuzes). Het is – zoals bleek – vooral de rechter geweest die zich genoodzaakt zag het opzetbegrip nader normatief af te bakenen en in te vullen. Ik kan me in grote lijnen wel vinden in die normativering van het materiële opzetbegrip, mits daar niet enkel bewijsproblemen aan ten grondslag liggen, en mits de essentie van het opzetbegrip er niet te zeer door wordt aangetast. Immers, opzet in de zin van ‘willen en weten’ is door de wetgever niet voor niets als bestand-

⁷¹ Zie ook de discussie tussen De Jong en enkele andere schrijvers, in D.H. de Jong 2004, p. 1054.

deel opgenomen in de desbetreffende delictsomschrijvingen. Het constitueert (mede) de strafbaarheid van de verboden gedraging. Wat eenvoudiger uitgedrukt: het vormt één van de wezenlijke voorwaarden voor (een bepaalde mate van) verwijtbaarheid en strafwaardigheid. Het mag dan ook andersom niet zo zijn dat de – eventueel aan de overige voorwaarden voor strafbaarheid te ontleen – verwijtbaarheid van de gedraging de inhoud van het opzetbegrip te zeer gaat bepalen. Dat zou de wereld op zijn kop zetten: dan zou niet het opzet de verwijtbaarheid en strafbaarheid (mede) constitueren, maar zou de maatschappelijke ongewenstheid van een bepaalde gedraging of een bepaald gevolg *het opzet* constitueren. Dat alles geldt overigens niet alleen voor het opzetbegrip, maar ook voor alle andere bestanddelen en voorwaarden voor strafbaarheid.⁷² Als de rechter bijvoorbeeld wordt geroepen om een oordeel te vellen over een koperdief die een bliksemafleider van een rietgedekte boerderij heeft gesloopt, en die wordt vervolgd ter zake van (primaire) art. 170 Sr,⁷³ dan zal de rechter zich er toch eerst van moeten vergewissen wat precies moet worden verstaan onder het bestanddeel ‘gemeen gevaar’, alvorens hij kan vaststellen of de verdachte dat bestanddeel heeft vervuld. Levert het enkele feit dat de bliksemafleider van het dak is gesloopt al ‘gemeen gevaar’ op? Of moet die vraag worden beantwoord aan de hand van statistieken: hoe vaak komt het voor

⁷² Een dergelijke ontwikkeling lijkt zich ook te hebben voorgedaan t.a.v. het culpa-begrip. Culpa duidt van oorsprong op een geestesgesteldheid of liever gezegd: op een ‘psychisch manco’ dat (mede) bepalend is voor de mate van verwijtbaarheid van de desbetreffende gedraging. De HR heeft echter bepaald dat diezelfde verwijtbaarheid, alsook de wederrechtelijkheid, onderdeel uitmaakt van het culpabegrip zelf, omdat culpoos handelen dat geen betrekking heeft op wederrechtelijk en verwijtbaar gedrag, nu eenmaal niet goed denkbaar is. Zie o.a. *NJ* 1963, 512 (Verpleegster). Eigenlijk betreft het hier slechts een juridisch-technische tournure. Culpa (onvoorzichtigheid) levert, samen met de andere delictsbestanddelen die zijn vervuld, een vermoeden van verwijtbaarheid op, welk vermoeden onjuist kan blijken te zijn als er sprake is van een schulditsluitingsgrond. De HR heeft – wat betreft de culpa – niet veel anders gedaan dan de kwestie van de verwijtbaarheid van de derde materiële vraag van art. 350 Sv over te hevelen naar de bewijsvraag, zonder dat daarmee de essentie van het culpa-begrip is aangetast. D.w.z. dat de voorwaarde van verwijtbaarheid niet van invloed is op de vereiste geestesgesteldheid zelf, en deze (dus) niet normatief kleurt, dan wel daarmee anderszins vervlochten raakt, maar eenvoudigweg als een bijkomende voorwaarde voor culpa kan worden beschouwd. Dat laat echter onverlet, dat in de praktijk – al dan niet als gevolg van deze ‘juridische tournure’ – de verwijtbaarheid of de ongewenstheid van de gedraging wel degelijk steeds meer van invloed lijkt te zijn op (de inhoud van) het culpa-begrip. Dat laatste geldt bijvoorbeeld ook voor het opzetbegrip, het causaliteitsvereiste, etc. Denk – wat betreft voorwaardelijk opzet – maar aan de wijze waarop de rechter in het geval van opiumwetdelicten het vereiste van de aanmerkelijke kans zeer ruim is gaan interpreteren (zie de inleiding). Zie wat betreft het strafrechtelijke causaliteitsvereiste, en het in dat verband gebruikte (‘normatief gekleurde’) criterium ‘toerekening naar redelijkheid’: N.J.M. Kwakman, ‘De causaliteit in het strafrecht; het vereiste van sine qua non als enige bruikbare criterium’, *NJB*, 2007, nr. 16, p. 992-999.

⁷³ Opzettelijke beschadiging van gebouwen e.d., waardoor gemeen gevaar voor goederen en personen te duchten is.

dat boerderijen zonder bliksemafleider worden getroffen door de bliksem en kan dat worden opgevat als ‘gemeen gevaar’?⁷⁴ Goed beschouwd gaat het hier dus om een normatieve inkleuring van dit bestanddeel. Daar is op zichzelf helemaal niets op tegen, mits daar maar (uit het oogpunt van rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtsbescherming⁷⁵) op voorhand al min of meer overeenstemming over bestaat, zodat deze normatieve inkleuring niet te zeer (ad hoc) leunt op de onwenselijkheid van het gedrag als zodanig en het eventuele streven om deze plaag (koperdieven die nergens meer voor terugdeinzen) voor eens en voor altijd een lesje te leren. Anders gezegd: de maatschappelijke onwenselijkheid van een bepaalde gedraging of gevolg mag wat mij betreft niet doorslaggevend zijn voor de uitleg van delictsbestanddelen die nu juist een bepaald aspect van de onwenselijkheid van die gedraging constitueren. Dat geldt al helemaal voor de schuldbestanddelen die in ons schuldstrafrecht als essentiële voorwaarden voor strafbaarheid kunnen worden beschouwd.

Dat brengt me op het procesrechtelijke bewijs van het (materieelrechtelijk en tot op zekere hoogte normatief ingevulde) opzet. Ik volg D.H. de Jong in zijn analyse dat ook in de bewijsconstructies van het opzet in veel gevallen een normatief oordeel besloten ligt. De vraag is alleen of dat ‘feitelijke recht’ ook het ‘wenselijke recht’ is. Als ik het goed zie, beantwoordt De Jong die vraag bevestigend, althans: hij kan zich niet goed voorstellen dat het ook anders zou kunnen.⁷⁶ Ik zal daar enkele kanttekeningen bij plaatsen door deze kwestie hieronder – evenals De Jong – in de sleutel van de normatieve functie van de strafrechtelijke leerstukken te zetten, maar dan wel op een andere manier dan De Jong voor ogen staat.

Het strafrechtelijk toevoegen van leed wordt al van oudsher als iets zeer ingrijpends en tot op zekere hoogte ook als iets problematisch gezien. Strafrechtelijke interventies worden dan ook omringd met tal van waarborgen. Voorts wordt de grootst mogelijke zorgvuldigheid vereist bij het vaststellen (het bewijs) van de relevante feiten en omstandigheden op grond waarvan dient te worden beoordeeld of de verdachte alle voorwaarden (bestanddelen en elementen) voor strafbaarheid heeft vervuld.

Over het algemeen levert het vaststellen van de relevante feiten en omstandigheden weinig problemen op. Toch moeten we erkennen dat het straf(proces)recht per definitie kampt met een zekere structurele *bewijsnood*. Anders gezegd: het uitgangspunt dat in het strafproces de materiële waarheidsvinding voorop dient te

⁷⁴ Vgl. ook de kwestie van de ‘aanmerkelijke kans’.

⁷⁵ Vgl. de eisen die kunnen worden ontleend aan art. 6 EVRM (accessibility, foreseeability en preciseness) en aan het Bestimmtheitsgebot (het *lex certa*-beginsel) dat besloten ligt in het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

⁷⁶ Vgl. D.H. de Jong 2004, p. 1056, waar hij, in een reactie op Rozenmond, betwijfelt of het mogelijk is om – met het oog op het normaliteitssyllogisme – op een empirische, waarde vrije wijze te bepalen wat (in dit geval) tot de algemene kennis (ervaringsregels) behoort.

staan, impliceert nog niet dat het ook lukt om de materiële waarheid altijd boven tafel te krijgen. Sterker nog: met een bepaalde *onzekerheidsmarge* zal altijd rekening moeten worden gehouden, waarbij het van tal van factoren (menskracht, financiële middelen en andere randvoorwaarden) afhangt welke onzekerheidsmarge in ons bewijsstelsel voor lief moet worden genomen. Daarnaast hangt deze onzekerheidsmarge samen met de ondergrenzen die in ons bewijsrecht gelden, zoals – naast bijvoorbeeld de bewijsminima – het algemene vereiste dat de rechter het ten laste gelegde feit alleen bewezen mag verklaren als wettige bewijsmiddelen hem daartoe hebben kunnen overtuigen: *in dubio pro reo* dus.

Pas als de relevante feiten en omstandigheden overeenkomstig deze ondergrenzen zijn vastgesteld, kan worden overgegaan tot een oordeel over de strafwaardigheid van de desbetreffende gedraging.

Het bewijsrecht heeft dus een ‘normatieve functie’ ten aanzien van de bestraffende overheid: er ligt – uit oogpunt van rechtsbescherming – een opdracht in besloten om, gelet op alle randvoorwaarden en de (on)mogelijkheden van het geval, de onzekerheidsmarge in de materiële waarheidsvinding zo klein mogelijk te houden. Wat dat betreft staat het feitelijke recht dus in een zekere spanningsverhouding t.o.v. het wenselijke recht: soms moeten we aanvaarden dat er sprake is van een onzekerheidsmarge.⁷⁷ Maar wenselijk is het niet.

Dat alles geldt ook voor het bewijs van het (ten laste gelegde) opzet. Juist voor opzet geldt dat er sprake is van bewijsnood: het feit dat het ‘weten’ en ‘willen’ moet worden afgeleid uit uiterlijkheden, maakt dat er sprake kan zijn van een relatief grote onzekerheidsmarge. Het is immers maar de vraag of de verdachte ook daadwerkelijk het opzet heeft gehad zoals dat door middel de een of andere bewijsconstructie uit de uiterlijkheden is afgeleid. Voor degenen die opteren voor de normatieve opzetleer, is er geen vuiltje aan de lucht. Het is in die opvatting immers in het geheel niet relevant wat de verdachte werkelijk heeft geweten en gewild: het opzet ligt als het ware besloten in de gedraging (in de zin van normatieve betekeniseenheid). De vraag naar het opzet gaat – zo bleek in de vorige paragraaf – als het ware op in de vraag naar de sociale betekenis van de gedraging.

⁷⁷ Vgl. bijvoorbeeld de vraag of iemand al dan niet toerekeningsvatbaar is. Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten er – de wet schrijft dat ook voor – deskundigen worden ingeschakeld. Toch bestaat er onder de desbetreffende deskundigen geen eenstemmigheid over de vraag hoe (en met behulp van welke methodes) moet worden vastgesteld of de verdachte al dan niet lijdt aan een zodanige stoornis dat de kwalificatie ‘ontoerekeningsvatbaar’ gerechtvaardigd is. Men zou zelfs kunnen stellen dat er binnen de desbetreffende disciplines sprake is van een scholensrijd en dat sommigen er zelfs aan twijfelen of het überhaupt wel mogelijk is de (on)toerekeningsvatbaarheid vast te stellen. Echter, omstreden methodes of niet, de rechter zal in deze een uitspraak moeten doen en waarbij hij (dus) een ruime onzekerheidsmarge voor lief zal moeten nemen.

Zoals hierboven al doorschemerde, ben ik een andere opvatting toegegaan. Mijns inziens heeft de wetgever de strafwaardigheid van een bepaalde gedraging of gevolg wel degelijk (mede) afhankelijk willen maken van de vraag of de verdachte al dan niet heeft geweten en gewild. Het welbewust een bepaald verboden gevolg (hebben willen) tweeeengbrengen of aanvaarden wordt in ons stelsel nu eenmaal zwaarder aangerekend dan hetzelfde gevolg uit onvoorzichtigheid veroorzaken.

Maar afgezien daarvan is er nog een andere belangrijke reden waarom ik van oordeel ben dat het procesrechtelijke bewijs van het opzet niet moet worden genormativeerd. Die reden kan worden samengevat met de volgende (enigszins cryptische) stelling: de normativering van de bewijsvoering⁷⁸ staat haaks op de normatieve functie van het bewijsrecht (en in dat verband: de opdracht om de onzekerheidsmarge in de materiële waarheidsvinding zo klein mogelijk te houden).⁷⁹ Immers, door het opzet van de verdachte niet *feitelijk* vast te (willen) stellen, maar *normatief* ‘toe te dichten’, wordt de noodzaak om – wat betreft de vraag of de verdachte ook daadwerkelijk opzet heeft gehad – te streven naar de ‘materiële waarheidsvinding’, omzeild. Anders gezegd: het normatief toedichten van het opzet ontslaat ons van de plicht om de onzekerheidsmarge m.b.t. het bewijs van het opzet zo klein mogelijk te houden.

Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar de ‘objectivering’ van het opzet vanuit de gedachte dat het in veel gevallen inderdaad niet anders kan dan dat het bewijs van opzet moet worden geconstrueerd aan de hand van uiterlijkheden (de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging, de omstandigheden van het geval, bepaalde wetmatigheden, enzovoort). We kunnen m.a.w. eenvoudigweg niet anders dan roeien met de riemen die we hebben. Dat houdt in – en daarvan moeten we ons voortdurend bewust zijn – dat we daarmee niet altijd een ‘sluitend’ bewijs van opzet kunnen construeren en soms genoodzaakt zijn te kiezen voor de minst slechte oplossing. Een oplossing die tot aanvaardbare resultaten leidt in die zin, dat we de onzekerheidsmarge – gezien de bewijsnood waarvan sprake is – voor lief nemen. Maar mét de restrictie dat het beter *moet* zodra het beter *kán* (gelet op de beschikbare midde-

⁷⁸ Het normatief ‘toedichten’ in plaats van het feitelijk ‘vaststellen’ van het opzet.

⁷⁹ Hier blijkt dat de vaststelling dat de rechtsgeleerdheid een ‘normatieve wetenschap’ is, ons als zodanig nog niet zoveel verder helpt. Het begrip ‘normatief’ wordt, ook in het strafrecht, in vele betekenissen gebruikt, zoals in: een normatief oordeel over de afkeurenswaardigheid en verwijtbaarheid van een gedraging; de normatieve invulling van een materieelrechtelijk begrip, een normenstelsel in de zin van een wettelijke regeling voor justitiabelen, dan wel voor de bestraffende overheid (vgl. het bewijsrecht). Voorts: de rechtswetenschap mag dan als een normatieve wetenschap worden beschouwd, dat laat onverlet – zo blijkt – dat een norm kan voorschrijven dat de relevante feiten en omstandigheden zo ‘waardevrij’ mogelijk moeten worden vastgesteld, alvorens een normatieve uitspraak over de afkeurenswaardigheid daarvan te mogen doen. Dat is in feite wat ik betoog: eerst ‘feitelijk’ vaststellen of de (evt. normatief ingevulde) voorwaarden voor strafbaarheid zijn vervuld; pas als dat het geval is de desbetreffende gedraging strafrechtelijk aanrekenen, en niet andersom.

len en alle andere randvoorwaarden, en mede gezien de huidige en toekomstige stand van de wetenschap). Een dergelijke denkrichting behoedt ons voor een zodanige materieelrechtelijke ontmanteling van het opzetbegrip, en aan de ander kant een zodanig normatieve inkleuring van de procesrechtelijke bewijsconstructies,⁸⁰ dat ons stelsel daarmee – wat het opzetbegrip betreft – zou afglijden naar een vorm van risicoaansprakelijkheid. Immers, in dat geval zouden de essentiële componenten van het schuldbestanddeel opzet – die ons stelsel mede tot een schuldstrafrecht maken – er niet meer toe doen: er is opzet, niet omdat men wist en wilde, maar omdat bepaalde gedragingen en/of gevolgen zo onwenselijk worden geacht, dat het vereiste opzet eenvoudigweg wordt toegedicht.⁸¹ Daarmee zijn we terug bij een vorm van daadstrafrecht die misschien wel goed past bij de toenemende instrumentalisering van het strafrecht, maar weinig meer van doen heeft met het stelsel dat de wetgever voor ogen stond: geen straf zonder schuld(vorm).⁸²

Kortom: niet de normativering van de *bewijsconstructies*, maar de invalshoek van de normatieve functie van het *bewijsrecht* (en met name de daarin besloten liggende opdracht om het beter te doen als het ook beter kan) houdt de weg open naar een ‘echt’ schuldstrafrecht. Dat neemt overigens niet weg dat er nog heel wat barrières moeten worden geslecht, willen we een aantal bedenkelijke tendensen op dit vlak, waar ook De Jong in zijn publicaties op heeft gewezen, ook daadwerkelijk in die richting kunnen ombuigen.

Als ik ten slotte nog even mag reageren op de spiegel die D.H. de Jong rechters af en toe voorhoudt tijdens lezingen, met de vraag of zij het beeld herkennen dat het begrip opzet in de rechtspraak *niet* (steeds) als een zuiver psychisch begrip wordt gehanteerd (hetgeen de aanwezigen meestal bevestigen),⁸³ dan wil ik daar het volgende tegen inbrengen. Een ‘rondje rechtspraak’ leert ook dat officieren en rechters soms grote moeite hebben met het vaststellen van het vereiste opzet aan de

⁸⁰ Vgl. de normatieve opzetleer van Peters.

⁸¹ Een vergelijkbaar verhaal geldt ook voor culpa, maar het voert hier te ver daar dieper op in te gaan. Vgl. D.H. de Jong 1999 (*DD* afl. 9).

⁸² Overigens wil ik niet ontkennen dat er in dit verband sprake kan zijn van een duivels dilemma: erkenning van een onzekerheidsmarge in het bewijsrecht kan het gezag en de geloofwaardigheid van het straf(proces)recht ondermijnen. De invalshoek van de ‘normativering van het bewijs van opzet’ kan dat tot op zekere hoogte ondervangen. Dat zou een reden kunnen zijn om er toch maar voor te kiezen. Toch gaat wat mij betreft de voorkeur uit naar de invalshoek van de ‘objectivering’ van het bewijs. Want ik ben ervan overtuigd dat de samenleving op den duur geen genoegen zal nemen met de ‘normativering van het bewijs van opzet’ als maar vaak genoeg bekend wordt dat ‘toegerekend opzet’ onvoldoende blijkt te zijn geschraagd op ‘hard’ bewijs, of dat daartoe zelfs geen poging is ondernomen. Ook dat kan het gezag en de geloofwaardigheid van het straf(proces)recht op den duur ernstig ondermijnen, meer nog dan als de samenleving er al bij voorbaat van is doordrongen dat een bepaalde onzekerheidsmarge in bewijsconstructies voor lief moet worden genomen.

⁸³ Zie D.H. de Jong 2004, p. 1061-1062.

hand van (met name) normatief gekleurde bewijsconstructies, zoals in het geval van opiumwetdelicten. Het probleem is niet zozeer dat men het bewijs niet rond krijgt; juist niet zou ik bijna willen stellen. Het probleem is veel vaker dat men ervan overtuigd is dat er eigenlijk helemaal geen sprake is van opzet (weten en willen), maar van onoplettendheid, onvoorzichtigheid of zelfs van pure dommigheid of onbenul. Het desondanks bewezen verklaren van het ten laste gelegde opzet (wat, gezien de ‘tirannie’ van de in de loop van de tijd ontwikkelde bewijsconstructies, geen zeldzaamheid zal zijn) is in dat geval dus in strijd met een belangrijk uitgangspunt van ons strafrecht: in dubio pro reo. Ook deze kant van de zaak is, gezien de normatieve functie van het bewijsrecht, te belangrijk om er – uit instrumentele overwegingen bijvoorbeeld – al te gemakkelijk aan voorbij te gaan.

